

# INFORMATIONENRECHT

DATENSCHUTZ – E-COMMERCE – GEISTIGES EIGENTUM – MEDIEN

Februar 2015 / Nr. 1, Seiten 1–120

## Kurznachrichten und -beiträge

4 Aktuelle Ereignisse und Entwicklungen

## Aufsätze

6 Datenschutzgrundverordnung – ein kritischer Ausblick unter besonderer Berücksichtigung des Kapitels IV der DSGrVO

Elisabeth Kirschner

12 Schwarz-Sehen kostet Zeit?

Michael R. Kogler

17 Löschung von Suchmaschineneinträgen – praktische Umsetzung

Gregor König

27 Datenpanne in der Justiz – Schlaglicht auf den Sonderdatenschutz in der Gerichtsbarkeit

Clemens Thiele

## Judikaturspiegel

35 Sammlung ausgewählter informationsrechtlicher Entscheidungen österreichischer, deutscher und europäischer Spruchkörper (ZIR-Slg 2015/1–33)

## Judikatur

40 Datenschutzrecht

58 E-Commerce Recht

79 Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht

93 Persönlichkeits- und Medienrecht

## EuGH Vorlagefragen

## Service-Teil

Herausgeber: E. Artmann, P. Burgstaller, T. Höhne, G. König, C. Thiele, A. Wiebe

## Ehrenkodex für die österreichische Presse

1. Dem „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ kommt als Festschreibung der Branchensancen eine für die Interpretation von Normen wie §§ 6 ff MedienG, 29 MedienG, 1330 ABGB und 111 StGB wichtige Bedeutung zu.
2. Die Veröffentlichung von Bildern prominenter Sportler im Zusammenhang mit Eigenwerbung eines Mediums kann nicht mit einem Interesse der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden.
3. Entgegen den anständigen Marktgepflogenheiten die Zustimmung des Abgebildeten nicht einzuholen, stellt eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt dar und ist somit unlauter im iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG. Aufgrund des enormen Werbewerts der Abgebildeten wird durch eine derartige Veröffentlichung der Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern nicht nur unerheblich beeinflusst.
4. Sportlerfotos genießen hohen merkantilen Wert, die abgebildeten Spitzensportler haben enormen Werbewert. Mit solchen Fotos beworbene Zeitungen bewirken bei Lesern Kaufentschluss, bei Anzeigenkunden Schaltung von Inseraten. Die Verwendung der Sportlerfotos hat daher wettbewerbliche Bedeutung.

Leitsätze von Thomas Höhne

### OGH 17. 09. 20144 Ob 62/14t – Schifahrerwerbung

Deskriptoren: Ehrenkodex für die österreichische Presse, Recht am eigenen Bild, Vorsprung durch Rechtsbruch.

Normen: § 1 UWG, § 78 UrhG.

#### Sachverhalt:

Die Beklagte veröffentlichte in ihrer Zeitung „Ö.“ die Ankündigung „Ö. morgen um nur 70 Cent“, wobei es sich bei den abgebildeten Sportlern um Benni Raich und Elisabeth Görgl handelt. Einige Wochen später veröffentlichte sie die Ankündigung „In Ö. der beste Sport um 70 Cent“. Bei den dort abgebildeten Sportlern handelt es sich um Anna Fenninger und Marcel Hirscher.

Bei den genannten Sportlern handelt es sich um Mitglieder des Nationalkaders des Österreichischen Skiverbands (ÖSV). Die Beklagte hat keine Zustimmung zur Veröffentlichung ihrer Lichtbilder eingeholt, weder bei den abgebildeten Sportlern noch beim ÖSV.

Die Klägerin begehrt die Unterlassung der Veröffentlichung von Bildnissen von Mitgliedern des Alpin-Nationalkaders des ÖSV ohne deren Zustimmung und/oder ohne Zustimmung des ÖSV insbesondere im Zusammenhang mit der Werbung der Tageszeitung „Ö.“.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

1.1. In der Entscheidung 4 Ob 20/08g hat der Oberste Gerichtshof die Frage geprüft, ob die Benutzung von

Bildnissen öffentlich bekannter Personen ohne deren Zustimmung für die Bewerbung des eigenen Medienprodukts einen „Wettbewerbsverstoß iSd § 1 UWG idF vor der Novelle 2007 verwirklicht, und ist zum Ergebnis gekommen, dass die Bildnisveröffentlichung nicht schon deshalb unzulässig sei, weil sie ohne Einwilligung des Abgebildeten erfolgte. Schutzobjekt sei nicht das Bild an sich, sondern bestimmte, mit dem Bild verknüpfte Interessen. Es entspräche nicht dem Sinn und Zweck des § 78 UrhG, wenn ein Mitbewerber des Verletzers eine allfällige Verletzung der Interessen des Abgebildeten geltend machen könnte. Es könne aber auch nicht Zweck des Lauterkeitsrechts sein, allfällige Verletzungen des Rechts am eigenen Bild als Persönlichkeitsrecht eines Dritten zu verfolgen, wenn dieser Dritte darüber selbst frei disponieren und seine Rechte entsprechend wahrnehmen könne oder diese Rechte – aus welchen Gründen auch immer – nicht wahrnehme. Es sei daher nur der durch die Bildnisveröffentlichung in seinen Interessen schutzwürdige Beeinträchtigte berechtigt, den Schutz seines Bildnisses in Anspruch zu nehmen. Ob das beanstandete Verhalten als „unlautere Geschäftspraktik“ gegen §§ 1 und 2 UWG idGF verstoße, wurde in der Entscheidung offen gelassen.

1.2. G. Korn argumentiert in einer Glosse zu dieser Entscheidung (MR 2008, 123 [126]), dass nach objektiven Kriterien zu beurteilen sei, ob die von einer Bildveröffentlichung tangierten Interessen des Abgebildeten schutzwürdig seien. Die konsenslose Verwendung von Personenbildnissen – auch von Personen des öffentlichen Lebens – für Zwecke der kommerziellen (Wirt-

schafts-)Werbung sei generell unzulässig, da es keine öffentlichen Berichtsinteressen geben könne, die das Interesse des Abgebildeten am Unterbleiben der Verwendung seines Personenbildnisses für Zwecke einer von ihm gewollten Werbung überwiegen könnten.

1.3. In ÖBl 2008/37 führt derselbe Autor aus, die Durchführung kommerzieller Werbung unter Verwendung von Personenbildnissen ohne Zustimmung des Abgebildeten sei eine die journalistische Sorgfalt verletzende Medienberichterstattung und daher nach der nunmehr geltenden Rechtslage als „unlautere Geschäftspraktik“ iSd § 1 Abs 1 Z 2 UWG zu qualifizieren.

1.4. Horak (ecolex 2008/317) vermeint hingegen, es seien keine zwingenden Gründe zu erkennen, die gegen eine Beibehaltung der oben wiedergegebenen Rechtsprechung sprächen.

1.5. Nach *Gamerith?* (ÖBl 2008/57) sollte auch in Fällen, in denen durch die Verletzungen des Urheberrechts Täuschungen anderer Marktteilnehmer herbeigeführt werden, Ansprüche aus den §§ 1 und 2 UWG zugelassen werden, zumal das Verbraucherinteresse, vor (relevanter) Irreführung bei der Kaufentscheidung bewahrt zu bleiben, nicht zur Disposition des Urhebers stehen könne. Die Rechtsprechung, dass die Verletzung fremder Ausschussrechte *für sich allein* keine Unlauterkeit begründe, die ein Dritter als Vorsprung durch Rechtsbruch geltend machen könne, bleibe aber aufrecht, soweit außenstehende Marktbeteiligte nicht betroffen seien.

2. Der Senat hat dazu erwogen:

2.1. Gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG idF der UWG-Novelle 2007 handelt derjenige unlauter, der im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen.

2.2. Der Begriff der (wettbewerbsrechtlichen) Unlauterkeit wird im Gesetz nicht näher definiert. Nach der Rechtsprechung ist dieser Begriff durch Bedachtnahme auf Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen zu konkretisieren, wobei in § 1 Abs 1 Z 1 UWG die Interessen der Mitbewerber im Vordergrund stehen. Das nach dem Wortlaut nur für § 1 Abs 1 Z 2 UWG maßgebende Erfordernis der Einhaltung der beruflichen Sorgfalt ist auch dem mitbewerberschützenden Tatbestand der Z 1 zugrunde zu legen (vgl. RIS-Justiz RS0123245; 4 Ob 225/07b; 4 Ob 185/08x – gezielte Behinderung von Mitbewerbern).

2.3. § 1 Abs 4 Z 8 UWG definiert den Begriff der beruflichen Sorgfalt als „den Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbe-

reich anwendet“. Darüber hinaus verweist Art 2 lit h RL-UGP noch auf den Grundsatz von „Treu und Glauben“ als rechtlichen Maßstab, der im Rahmen der richtlinienkonformen Interpretation ebenfalls zu berücksichtigen ist. Die beruflichen Sorgfaltspflichten ergeben sich daher aus den anständigen Marktgepflogenheiten sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. *Heidinger in Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 184 mwN). Aus der Sicht der Kommission sollte mit dem Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ an den in den meisten Mitgliedstaaten bekannten Begriff des „ordnungsgemäßen Geschäftsgebarens“ oder der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ bzw der „unternehmerischen Sorgfalt“ angeknüpft werden (vgl. *Köhler in Köhler/Bornkamm*, UWG<sup>32</sup> § 3 Rn 39).

2.4. Die Klägerin leitet die Verletzung von beruflichen Sorgfaltspflichten durch die Beklagte aus einem Verstoß gegen die „journalistische Sorgfalt“ iSd § 29 MedienG sowie gegen die „Grundsätze für die publizistische Arbeit“ des Österreichischen Presserats („Ehrenkodex für die österreichische Presse“) ab.

Der „Ehrenkodex“ hat zwar keinen rechtsverbindlichen Charakter, ihm kommt aber als Festschreibung der Branchenusancen eine für die Interpretation von Normen wie der §§ 6 ff MedienG (Persönlichkeitsschutz), 29 MedienG (Wahrnehmung journalistischer Sorgfalt) bzw der §§ 1330 ABGB und 111 StGB (üble Nachrede) wichtige Bedeutung zu (*Noll in Berka/Höhne/Noll/Polley*, MedienG PraxKomm<sup>2</sup> § 2 Rz 14).

2.5. Gemäß Punkt 8.1. dieses Ehrenkodex dürfen bei der Beschaffung mündlicher und schriftlicher Unterlagen sowie von Bildmaterial keine unlauteren Methoden angewendet werden und Punkt 8.4. verlangt bei der Verwendung von Privatfotos die Zustimmung der Betroffenen, es sei denn, an der Wiedergabe des Bildes bestehe ein berechtigtes öffentliches Interesse. Laut Punkt 10.1. ist es in konkreten Fällen, insbesondere bei Personen des öffentlichen Lebens, notwendig, das schutzwürdige Interesse der Einzelperson an der Nichtveröffentlichung eines Berichts bzw Bildes gegen ein Interesse der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung sorgfältig abzuwägen.

2.6. Die Veröffentlichung der Bilder von prominenten Sportlern – somit von Personen des öffentlichen Lebens – im Zusammenhang mit Eigenwerbung des Mediums kann jedenfalls nicht mit einem Interesse der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden. Auch sonst ist kein schützenswertes Interesse der Beklagten ersichtlich, die Bilder prominenter Sportler – ohne deren Zustimmung – für Zwecke der Eigenwerbung zu nutzen. In sinngemäßer Anwendung der oben dargestellten Branchenusancen wäre nach den anständigen Marktgepflogenheiten daher vor der beanstandeten Veröffentlichung die Zustimmung der Abgebildeten zur Verwendung ihrer Bilder zu

Werbezwecken einzuholen gewesen. Da dies – zugeständenermaßen – nicht erfolgte, liegt somit eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt seitens der Beklagten vor.

2.7. Die Beklagte kann die unterbliebene Einholung der Zustimmung zur Bildnisveröffentlichung auch nicht damit rechtfertigen, sie habe damit rechnen können, die Sportler würden wegen der damit verbundenen Erhöhung ihrer Bekanntheit der Veröffentlichung ihrer Bilder zu Werbezwecken zustimmen. Denn Sportlerfotos genießen einerseits einen hohen merkantilen Wert – wie aus der häufigen Heranziehung von Sportlern als Werbeträger geschlossen werden kann – und andererseits haben die dem österreichischen Skiverband (ÖSV) angehörenden Skirennläufer bekanntermaßen diesem die entsprechenden Rechte abgetreten. Die Beklagte musste daher davon ausgehen, dass die abgebildeten Sportler – anders als dies bei Politikern der Fall wäre (vgl 4 Ob 20/08g) – kein Interesse daran haben, auf diese Weise im Zusammenhang mit kommerzieller Werbung in der Öffentlichkeit präsent zu sein. Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt ganz wesentlich von dem der Entscheidung 4 Ob 20/08g zugrunde liegenden.

2.8. Die Sorgfaltsverletzung der Beklagten bewirkt mittelbar auch eine Verletzung des Bildnisschutzes der abgebildeten Sportler gemäß § 78 UrhG. Die Klägerin macht aber nicht deren Abwehransprüche nach dem UrhG geltend, sondern stützt sich zur Begründung des

Unterlassungsanspruchs auf eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt durch zustimmungslose Bildveröffentlichung, von der die Klägerin als Mitbewerberin der Beklagten betroffen ist (vgl *Gamerith* in ÖB1 2008/57). Damit greift die Klägerin nicht in die Verfolgungsrechte der Abgebildeten ein. Diesen steht es unabhängig vom Lauterkeitsrechtsanspruch der Klägerin frei, ihre Rechte gegenüber der Beklagten geltend zu machen bzw dieser die Veröffentlichung zu gestatten. Eine nachträgliche Gestattung würde allerdings nichts an der bestehenden Wiederholungsgefahr ändern (vgl 4 Ob 124/09b – Betrieb einer Anlage vor deren behördlicher Bewilligung). Im Vorhinein durfte die Beklagte – wie gesagt – jedenfalls nicht mit einer Zustimmung der Sportler zur Bildveröffentlichung rechnen.

Zusammengefasst ist der Verstoß der Beklagten gegen die berufliche Sorgfalt unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG und begründet als solcher einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

2.9. Das beanstandete Verhalten der Beklagten ist zweifellos geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Bei den abgebildeten Sportlern handelt es sich um Weltmeister, Weltcupsieger bzw Olympiasieger. Der Werbewert dieser Spitzensportler ist enorm, sodass sich Leser zum Kauf der mit diesen beworbenen Zeitungen entschließen bzw Anzeigenkunden zur Schaltung von Inseraten.

## Anmerkung

Von Thomas Höhne

Hier hat ein Mitbewerber den eigentlich Betroffenen die persönlichkeitsrechtlichen Kastanien aus dem Feuer geholt – und das ist gut so. Natürlich ist das (geldwerte) Image von Spitzensportlern auch von den Massenmedien abhängig, und vielleicht legt sich da nicht jeder gern mit einer großen (was hier rein quantitativ gemeint ist) Zeitung an. Der OGH stellt klar, dass der klagende Mitbewerber ja nicht die Abwehransprüche der durch die Verletzung ihres Rechts am eigenen Bild (§ 78 UrhG) Verletzten, sondern eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt geltend macht, von der der Mitbewerber betroffen ist. Nun steht es zwar außer Frage, dass die gegenständlichen Veröffentlichungen in das Recht am eigenen Bild der Abgebildeten eingegriffen haben, der vom OGH zitierte „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ gibt dazu allerdings nicht viel her. Denn weder wurden die Fotos mit (von Punkt 8.1 des Kodex missbilligten) „unlaute-

ren Methoden“ beschafft – das Bildarchiv jeder Zeitung verfügt gewiss über Unmengen einschlägiger Fotos. Richtig ist zwar, dass Punkt 8.4 bei der Verwendung von Privatfotos die Zustimmung der Betroffenen verlangt – die abgebildeten Siegerfotos sind aber mit Sicherheit keine Privatfotos. Also – schlichte Fehlzitate. Was bleibt, ist Punkt 10.1, nach welchem „insbesondere bei Personen des öffentlichen Lebens“ (und bei unbekanntem Privatleuten nicht?) es notwendig sein wird, „das schutzwürdige Interesse der Einzelperson an der Nichtveröffentlichung eines Berichts bzw Bildes gegen ein Interesse der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung sorgfältig abzuwägen“. Dieser Punkt trifft allerdings. Man hätte auch noch Punkt 5.1 zitieren können, nach dem jeder Mensch Anspruch auf Persönlichkeitsschutz hat. Das Recht am eigenen Bild ist Ausfluss der Persönlichkeitsrechte und somit des Persönlichkeitsschutzes.

Über den Umgang mit urheberrechtlich geschütztem Material sagt der Ehrenkodex nichts. Wie ist es zu beurteilen, wenn ein Medium konsequent urheberrechtlich geschütztes Material veröffentlicht, ohne hierfür die Rechte eingeholt zu haben? Kann das nicht als „unlautere Methode bei der Beschaffung schriftlicher Unterlagen“ iSd Punktes 8.1. des Kodex gesehen werden? Wenn ja, dann ist die Rsp, dass Verstöße gegen das Urheberrecht nur der Berechtigte, nicht aber der Mitbewerber des Verletzten gemäß § 1 UWG geltend machen könne (vgl 4 Ob 93/01g) zu überdenken. Die vorliegende Entscheidung geht ja doch auch in eine andere Richtung als 4 Ob 20/08g, in der der OGH erklärte, dass es nicht dem Sinn und Zweck des § 78 UrhG entspreche, wenn ein Mitbewerber des Verletzten eine allfällige Verletzung der Interessen des Abgebildeten geltend machen könnte. Und es sei nicht Zweck des Lauterkeitsrechts, Verletzungen des Rechts am eigenen Bild als Persönlichkeitsrecht eines Dritten zu verfolgen, wenn dieser Dritte darüber selbst frei disponieren und seine Rechte entsprechend wahrnehmen kann. In der vorliegenden Entscheidung kratzt der OGH diese Kurve mit der Begründung, dass in 4 Ob 20/08g der Sachverhalt „ganz wesentlich“ anders gelegen sei, da hier die abgebildeten Sportler kein Interesse haben könnten, im Zusammenhang mit kommerzieller Werbung in der Öffentlichkeit präsent zu sein, dort aber die Politiker vielleicht schon. Dahinter mag der Gedanke stecken, dass manchen Politikern jede Veröffentlichung Recht ist, Hauptsache sie kommen in den Medien vor, nur: Dieser Aspekt ist in 4Ob 20/08g nicht mehr als ein obiter dictum.

Warum es einem Politiker recht sein sollte, ungefragt als Vehikel kommerzieller Werbung zu dienen, ist nicht nachvollziehbar. Sehr wohl aber kann man sich vorstellen, dass ein

von den öffentlichen Meinungsmachern noch mehr als ein Sportler abhängiger Politiker es sich dreimal überlegen wird, ein Massenblatt wegen Verletzung des Rechts am eigenen Bild zu klagen. Eine Zustimmung zu einem derartigen Eingriff wird darin aber sicher nicht zu sehen sein.

Auch wenn man dem Ergebnis der Entscheidung zustimmen mag – der Weg dorthin hinterlässt ein Gefühl der Unzufriedenheit. Den Schwerpunkt allein auf den, wie zu zeigen war, nur sehr beschränkt aussagekräftigen und in seiner normativen Qualität zweifelhaften Verhaltenskodex zu legen, erscheint jedenfalls dann riskant, wenn der Beklagte sich dem den Kodex herausgebenden Gremium nicht unterworfen hat. Nach der jüngeren Rsp (zuletzt 4 Ob 34/14z – Shop in Ordination) begründet standeswidriges Verhalten einen Verstoß gegen § 1 UWG, wenn es geeignet ist, dem Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen. Dort war die Standeswidrigkeit allerdings unmittelbar in einem Gesetz (ÄrzteG) und der aus diesem G abgeleiteten Richtlinie begründet. Denn, so die E ausdrücklich: Ein Vorsprung durch Rechtsbruch ist nur dort denkbar, wo es sich um für den Handelnden verbindliches Recht handelt. Tatsächlich liegt hier wohl ein Rechtsbruch vor, und zwar nicht nur, wie die E meint, „mittelbar“. Die Zeitung hatte ganz unmittelbar in fremde (Persönlichkeits)rechte eingegriffen, eine Zustimmung der Verletzten war nicht zu unterstellen. Und dies läuft den „anständigen Marktgepflogenheiten“ iSd Art 2 lit h RL-UGP wohl zuwider. Dass es gleichgültig sein muss, ob die unmittelbar Betroffenen selbst Klage erheben oder nicht, ist völlig richtig. Solange die Beklagte diese nicht als Zeugen für deren zumindest stillschweigendes Einverständnis bringt, ist von einem solchen auch nicht auszugehen.